Zur Lehre vom Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig,

eingereicht von

Wilhelm Hinsenkamp.
Rechtsanwalt in Essen (Ruhr).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Essen 1914
Fredebeul & Koenen.

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547019_0042

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1 Einleitung 8

I. Abschnitt:
Charakter und Zweck des Zurückbehaltungsrechts.

§ 2 Charakter des Zurückbehaltungsrechts 12
§ 3 Zweck des Zurückbehaltungsrechts 14

II. Abschnitt:
Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts.

§ 4 Übersicht 18
§ 5 Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner . . . 19
§ 6 Der Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger . . . 34
§ 7 Die Wechselseitigkeit beider Ansprüche 40
§ 8 Der Zusammenhang (Konnexität) beider Ansprüche . . . 42

III. Abschnitt:
Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts
§ 9 in materieller Hinsicht 53
§ 10 in prozessualer Hinsicht 55

IV. Abschnitt:
§ 11 Ausschluß und Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts . . . 60

V. Abschnitt:
§ 12 Das vertragliche Zurückbehaltungsrecht 64

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Auflage. Jena 1903/04.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Band I und II. Tübingen 1900/02.

Cramer: Bemerkungen über das sogenannte Retentionsrecht, Archiv für zivilistische Praxis, Band 37, Heidelberg 1854.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. 1. Auflage. Nürnberg und Leipzig.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Die Schuldverhältnisse. 3. Auflage. Halle 1905.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Einleitung, allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse). 9. Auflage. Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen. 4. Auflage. München 1903.

Gaupp-Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 10. Auflage. Tübingen 1911.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Erlangen 1868.

Großkopff: Zur Lehre vom Retentionsrecht. Oldenburg 1858.

Keidel: Bürgerliches Gesetzbuch auf Grund von J. v. Staudingers Kommentar. München und Berlin 1912.

Krückmann: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Auflage. Leipzig 1901.

v. Landmann: Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich. 3. Auflage. 1897.

Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrecht nach Gemeinem Recht. Rostock 1886.

Lippmann: Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnung in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik 1901, Band 43.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Auflage. Berlin 1900.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. (I. Entwurf.)
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Anmerkungen. 4. Auflage. Berlin 1905.
Neumann: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen. 2. Folge. 1. Band. Berlin 1912.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Auflage. Berlin 1910.
Pappenheim: Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen. (Deutsche Jur.-Zeitung, 1902.)
Planck: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 3. Auflage. Berlin 1897/98.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1897.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts von Mugdan und Falkmann. Leipzig.
Schenck: Die Lehre vom Retentionsrecht. Jena 1837.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1900.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten. Berlin.
Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht. Fischers Abhandlung XII, 1. Jena 1904.
Soergel: Rechtsprechung, 1900—1912. Stuttgart.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage. Berlin 1906.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5./6. und 7./8. Auflage. München 1909.

Einleitung.

§ 1.

Als in Rom durch das Edikt des Prätors die neuen Rechtsanschauungen und Verkehrsgewohnheiten in die Rechtsprechung eindrangen, um die Fortentwickelung des Rechts zu übernehmen, entstand mit der Ausbildung dieses Billigkeitsrechts (des ius gentium) auch das Zurückbehaltungsrecht. Zu einer Entwickelung dieses Rechts ist es jedoch so wenig gekommen, daß es uns nur in einer Reihe von Einzelfällen begegnet, sich noch nicht einmal eine technische Bezeichnung erworben und im Corpus iuris auch eine einheitliche Regelung nicht gefunden hat. Geltend gemacht wurde es entsprechend dem Grunde seiner Entstehung, der Billigkeit, mit der exceptio doli, jenem allgemeinen unsubstantiierten Exzeptionsvorbehalte, welcher dem Beklagten die Möglichkeit gab, alle Umstände geltend zu machen und alle tatsächlichen Verhältnisse anzuführen, die auch nur in irgend einer Weise und aus irgend einem Grunde geeignet waren, seine Befreiung herbeizuführen.

Die gemeinrechtliche Wissenschaft[1] hat lange versucht, auf Grund der sich aus den einzelnen Anwendungsfällen ergebenden gleichen Voraussetzungen und gleichen Wirkungen feste Resultate in der Gewinnung der das Zurückbehaltungsrecht beherrschenden Grundfragen zu erzielen.

---

[1] Vgl.: Schenck: Die Lehre vom Retentionsrecht 1837. Cramer: Bemerkungen über das sogenannte Retentionsrecht, Archiv für zivilistische Praxis, Band 37, Heidelberg 1854. Groskopff: Zur Lehre vom Retentionsrecht, Oldenburg 1858. Langfeld: Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Rechte, Rostock 1886.

Erst durch die Annahme der Goldschmidtschen Lehre[1], nach der Konnexität wesentliche Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist und Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts Leistungen jeder Art sein konnten, hat das Zurückbehaltungsrecht im gemeinen Recht an Bedeutung gewonnen. Zu einer Klärung in den Einzelfragen ist es jedoch nicht gekommen.

Wie tief das Zurückbehaltungsrecht inzwischen im Rechtsbewußtsein des Volkes wurzelte, und wie groß seine Bedeutung geworden war, zeigt sich darin, daß die neueren Kodifikationen es durchweg aufgenommen haben.

Eine Übergehung des Zurückbehaltungsrechts bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches war infolgedessen unmöglich.

Wie die Motive II S. 40 erklären, konnte die Übergehung oder der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts überhaupt nicht in Frage kommen. „Zweifellos", so sagen die Motive, „entspricht die Zulassung dieses Rechts in zahlreichen Fällen der Rechtsanschauung und einem dringenden Bedürfnis des Verkehrs. Arrest und Sequestration bilden keinen Ersatz für das im Zurückbehaltungsrecht liegende präsente Sicherungsmittel."

Den Bestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts und des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs folgend, verzichtete man bei der Aufnahme ins Bürgerliche Gesetzbuch darauf, das Zurückbehaltungsrecht für jeden einzelnen Anwendungsfall zu gewähren. Man schuf vielmehr in den §§ 273, 274 allgemeine Vorschriften über Voraussetzungen und Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts. Diese Vorschriften lauten:

---

[1] Goldschmidt — a. a. O. S. 974/975 — hält Konnexität dann für vorhanden, „wenn die Ansprüche einem Komplex von Rechtsverhältnissen angehören, welche nach der Natur der Sache oder nach dem Willen der Beteiligten eine (natürliche — gewollte) Einheit bilden."

§ 273.

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. (Zurückbehaltungsrecht.)

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

§ 274.

Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Gegenleistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist.

1. Abschnitt.

Charakter und Zweck des Zurückbehaltungsrechts.

§ 2.

Charakter des Zurückbehaltungsrechts.

Der Charakter eines Rechts ergibt sich aus seinem Inhalte, der beim Zurückbehaltungsrecht der ist, daß eine geschuldete Leistung solange verweigert werden darf, bis der Gläubiger seiner Leistungspflicht gegenüber dem zurückhaltenden Schuldner genügt.

Crome[1] kennzeichnet es als „die Befugnis einem erhobenen Anspruch gegenüber die Leistung zu verweigern, bis der Gegner gewisse andere Rechte des Retinenten befriedigt", ähnlich

Dernburg[2]: „Die Befugnis, eine geschuldete Leistung zu verweigern, bis dem Schuldner die ihm von der Gegenseite gebührende Leistung zu teil wird," und

Schollmeyer[3]: „Es ist das Recht eines Schuldners, wegen eines ihm an den Gläubiger zustehenden fälligen Anspruchs die geschuldete Leistung solange zu verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird."

Das Zurückbehaltungsrecht stellt sich somit als einen Eingriff in das Recht des Gläubigers dar, legt zeitweise den von diesem erhobenen Anspruch lahm und verhindert so eine Verschiebung der zwischen den Parteien bestehenden Vermögenslage, indem der Schuldner von

---

[1] a. a. O. Bd. I S. 545.

[2] a. a. O. Bd. 2, § 57 S. 122.

[3] a. a. O. Recht der Schuldverhältnisse, S. 88.

seiner Leistungspflicht eine Zeitlang entbunden ist. Lediglich nach der negativen Seite hin äußert sich so der Erfolg des Zurückbehaltungsrechts; eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen, ist es nur insoweit in der Lage, als es eine Veränderung der gegenwärtigen Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner verhindert. Es ist kein eigenes Recht, nur der Ausfluß eines dem an sich anspruchsberechtigten Schuldner eben aus diesem Anspruch zustehenden Rechts: Lediglich also die Möglichkeit und die Form für die Durchsetzung eines schon bestehenden Rechts, und zwar mit der Wirkung, daß die so ausgeübte Durchführung dieses Rechts den Eintritt der Fälligkeit der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung so lange aufhebt, „bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird," und im Prozeß geltend gemacht, den Erfolg herbeiführt, „daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen ist."

Es ist auch ein persönliches, kein dingliches Hilfsrecht. „Es ist", um mit dem Reichsgericht zu sprechen, „lediglich ein Hilfsrecht zur Sicherung des Gegenanspruchs des Schuldners . . .

Es ist auch ein persönliches, kein dingliches Recht (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 66 S. 26, Bd. 68 S. 282); denn es soll damit nicht dem Schuldner an der von ihm etwa als Gegenstand seiner Leistung geschuldeten Sache als solcher ein Recht gewährt, sondern lediglich zur Sicherstellung seines obligatorischen Anspruchs eine als vorübergehend gedachte Befugnis in bezug auf die Zurückbehaltung seiner Leistung, die ja nicht notwendig eine Sache zum Gegenstande haben muß, erteilt werden[1]."

---

[1] 11 II Warn. 116 ff. Nr. 111 bei Neumann, Entsch. d. R.-G. 1912, Anm. 1 z. § 273.

§ 3.

Zweck des Zurückbehaltungsrechts.

Das auf der Grundlage der Billigkeit geschaffene Rechtsinstitut des Zurückbehaltungsrechts hat als wesentlichen Zweck die Sicherung des Schuldners: Es soll ihn schützen gegen das rücksichtslose Vorgehen seines Gläubigers, der uneingedenk seiner Verpflichtungen nur seine Rechte zu verwirklichen ausgeht. Es ist nur ein Mittel der Abwehr, nicht des Angriffs, was klar vom Gesetz durch die Bestimmung des § 273 Abs. 3 dargetan wird, wonach durch Sicherheitsleistung vom Gläubiger die Ausübung des Zurückhaltungsrechts abgewendet werden kann.

Das schließt jedoch keineswegs aus, daß es auch dazu angetan ist, den Retentionsberechtigten durch Gewähren der Sicherung gelegentlich einen Druck auf seinen Gläubiger ausüben zu lassen, der diesen zur Bewirkung seiner Leistung veranlassen kann. Den Gegner jedoch zur tatsächlichen Bewirkung zu zwingen, dafür gibt das Zurückbehaltungsrecht keine Handhabe; ein Erfolg in dieser Hinsicht ist lediglich eine Folge des Sicherungszweckes.

Der Sicherungszweck ergibt sich auch aus der allgemein anerkannten Unzulässigkeit der Befriedigung aus der „verweigerten Leistung", die sich mit dem Zwangszwecke nicht vereinen läßt.

Mag nun der Zurückhaltende im einzelnen Falle das Zurückbehaltungsrecht zum Zwange oder zur Sicherung auszuüben gewillt sein: es läßt sich aus dem Willen des Retinenten, Zwang auszuüben, ein Schluß auf den Zwang als den Zweck des Zurückbehaltungsrechts nicht ziehen; es nimmt der im Einzelfalle gewollte Zweck dem Zurückhaltungsrecht niemals den Charakter eines Sicherungsrechts. Dieser ist in der

immer bestehenden Sicherungsmöglichkeit des Schuldners gegründet.

Der Zweck des Zurückbehaltungsrechtes ist somit nicht Zwang auszuüben, sondern Sicherung zu gewähren.

Da die Vorarbeiten zum Gesetze keine Grundlage dafür bieten, ob das Zurückbehaltungsrecht nach dem Willen des Gesetzes ein Sicherungs- oder Zwangsmittel sein soll[1], sind die Ansichten der Schriftsteller verschieden.

Die Sicherung des Schuldners als einzigen Zweck des Zurückbehaltungsrechts bezeichnen Planck[2], Cosack[3], Schlegelberger[4], während Crome[5], Dernburg[6], Endemann[7], Staudinger[8] und Schollmeyer[9] in der gleichzeitigen Sicherungs- und Zwangsfunktion den Zweck des Zurückbehaltungsrechts sehen.

Aus dem Zweck des Zurückbehaltungsrechts der Sicherung des Schuldners ist auch die bestrittene Frage zu entscheiden, wie weit der Schuldner in seiner Sicherungsabsicht gehen darf.

Mit der Mehrzahl der Schriftsteller im Gemeinen Recht verwirft Breuer[10] die Forderung der An-

---

[1] Die Motive, Bd. 2 S. 42, erklären: Das Zurückbehaltungsrecht dient vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel, und fahren dann auf der folgenden Seite fort: „Da das ... Retentionsrecht nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruchs besteht," während es in den Protokollen I S. 311, heißt: „mit Rücksicht darauf, daß es wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen soll".

[2] a. a. O. zu § 273 Ziff. 1.

[3] a. a. O. Bd. 1 S. 308, § 86.

[4] a. a. O. S. 102 ff.

[5] a. a. O. Bd. 1 § 124 S. 45.

[6] a. a. O § 57 S. 122.

[7] a. a. O. Bd. 1 § 126,3.

[8] a. a. O. zu § 273 I, 3.

[9] a. a. O. Vorbem. zu § 273, 274.

[10] Breuer: Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 13 (Bonner Dissertation, 1904).

gemessenheit als Beschränkung der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts, indem er ausführt, daß das Gesetz durch die im § 273 Abs. 3, gewährte Abwendungsmöglichkeit Billigkeitsrücksichten gegenüber dem Gläubiger genügend Rechnung getragen habe.

Staudinger[1] vertritt denselben Standpunkt, indem er ausführt: „Das Zurückbehaltungsrecht ist vorzugsweise ein Sicherungs- und Zwangsmittel, nicht Mittel zur Deckung und Befriedigung (Motive II, S. 42). Der Schuldner darf deshalb die ganze Leistung zurückhalten, nicht bloß einen seinem Anspruche gegen den Gläubiger entsprechenden Teil. Eine hieraus ihm etwa drohende Benachteiligung kann der Gläubiger durch Sicherheitsleistung abwenden. „Im Gegensatz hierzu sagt er allerdings an einer anderen Stelle[2]: „.... Maßgebend ist, daß die Einrede des § 273 eine besondere Gestalt der exceptio doli generalis ist. Daher ist Abs. 2 des § 320 analog auch auf § 273 zu übertragen, d. h. die Leistung kann gegenüber teilweiser Leistung des Gläubigers insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils gegen Treu und Glauben verstoßen würde." Dernburg[3] hält eine Beschränkung des Umfanges des Zurückbehaltungsrechts für erforderlich, wenn er sagt: „Daß man um geringer Ansprüche willen nicht übermäßig die Zurückbehaltung ausdehnen darf, ergibt die Natur des Rechts als eines Ausflusses der Billigkeit, vgl. § 320 Abs. 2."

Ebenso Schollmeyer, wenn er ausführt, daß der Billigkeitsgedanke des § 273 und der das ganze Recht der Schuldverhältnisse beherrschende Grundsatz von Treu

---

[1] a. a. O. I, 3 zu § 273.

[2] II c zu § 273.

[3] a. a. O. § 57 II, S. 123.

und Glauben für eine Entscheidung im Sinne des Allgemeinen Landrechts (I, 20 § 552) sprechen, zumal § 320 Abs. 2 diesem Grundsatze Rechnung trage, während doch aus der Natur des synallagmatischen Vertrages das Gegenteil folge, nämlich, daß kein Teil die ihm geschuldete Leistung zu machen brauche, wenn er nicht die ganze ihm geschuldete Gegenleistung erhalte. Ebenso Oertmann Anm. 5 zu § 273.

Der Ansicht Dernburg's, Schollmeyer's ist beizutreten.

Auch die Praxis hat sich, wenn auch mit verschiedener Begründung für die Angemessenheit des Gegenstandes der Zurückbehaltung entschieden. So sagt das Oberlandesgericht Marienwerder[1]: „Wegen eines geringfügigen Rückstandes des Preises einer früheren Lieferung kann die Lieferung aus einem langdauernden Milchlieferungsvertrage nicht zurückbehalten werden," und das Oberlandesgericht Hamburg[2] in einer Entscheidung vom 27. April 1909: „Der im § 320 Abs. 2, zum Ausdruck gebrachte Gedanke, daß wegen einer geringfügigen rückständigen Leistung des Gläubigers der Schuldner nicht seine ganze Gegenleistung verweigern darf, gilt grundsätzlich zwar nur für gegenseitige Verträge; er muß aber analoge Anwendung finden auch bei anderen Verträgen, wenn der Schuldner bei solchen, z. B. wegen geringfügiger Verwendungen, Lagerkosten oder dergleichen, die ganze Sache zurückhalten will." Das Reichsgericht[3] sagt in seiner Entscheidung vom 16. Dezember 1909: „Bei einem außerordentlich großen Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Ansprüchen ist dem Schuldner der größeren Leistung ein Zurückbehaltungsrecht nicht zuzuerkennen," und in der Entscheidung vom 20. Juni

[1] Entscheidung der Oberlandesgerichte 22, 189.
[2] bei Soergel Rechtsprechung, 1909.
[3] Recht 14, Nr. 292.

1905[1]: „In der Literatur besteht Meinungsverschiedenheit darüber, ob das Zurückbehaltungsrecht, ebenso wie das Pfandrecht, den ganzen Gegenstand ergreift, obgleich der zu sichernde Anspruch unverhältnismäßig gering ist (vgl. Planck 3. Auflage § 273 Bem. 1, Abs. 3.). Allein der Sicherungszweck, welchem das Zurückbehaltungsrecht dient, läßt es nicht zu, daß dieses Recht übermäßig ausgedehnt werde; zu derselben Auffassung führen die Billigkeit wie die Grundsätze von Treu und Glauben. Derselbe Gedanke ist im § 320 Abs. 2 BGB., einem nahe verwandten Rechtsgebiet, zu gesetzlichem Ausdruck gelangt und lag schon der älteren Rechtsprechung zu Grunde. (Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 9 S. 124. Jur. Wochenschrift 1884, S. 274, Nr. 35)"[2].

Als Resultat ergibt sich somit, daß der aus der Grundlage der Billigkeit entspringende Sicherungszweck des Zurückbehaltungsrechts es nicht zuläßt, daß der Zurückbehaltende ohne Rücksicht auf die verhältnismäßige Geringfügigkeit der ihm gebührenden Leistung die von ihm geschuldete Leistung ganz zurückbehalten darf.

2. Abschnitt.

Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts.

§ 4.

Übersicht.

Das Zurückbehaltungsrecht hat folgende Voraussetzung:

1. Einen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner (§ 5).

[1] Reichsgericht, Bd. 61, S. 133.

[2] Vgl. auch die bei Oertmann § 273,5 angeführte Entscheidung des Reichsgerichts vom 19. Januar 1906, wonach die Leistungsverweigerung nicht weiter ausgedehnt werden darf, als zur reichlichen Deckung notwendig ist.

2. Einen Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger (§ 6),

3. Die Wechselseitigkeit dieser Ansprüche (§ 7) und

4. einen Zusammenhang dieser Ansprüche [Konnexität derselben] (§ 8).

§ 5.

Der Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner.

Der Anspruch des Gläubigers gegen seinen Schuldner oder dessen Verpflichtung zu der von dem Gläubiger verlangten Leistung bildet den Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts.

Gegenstand der Verpflichtung des Schuldners, somit Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts, können Leistungen jeder Art sein. Das Zurückbehaltungsrecht ist seinem Gegenstande nach unbeschränkt, es braucht sich keineswegs um eine bestimmte Art von Leistungen zu handeln. Allerdings hat das Gesetz in einigen Fällen den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts an einzelnen, speziell aufgeführten Leistungsgegenständen ausgeschlossen. So heißt es im § 175 BGB.: „Nach dem Erlöschen der Vollmacht hat der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückzugeben; ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu," und im § 556 Abs. 2: „Dem Mieter eines Grundstücks steht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu," welche Vorschrift nach § 581 Abs. 2 auf die Pacht entsprechende Anwendung findet.

Während das römische Recht und ihm folgend die überwiegende Literatur des gemeinen Rechts ein Retentionsrecht nur in Ansehung körperlicher Gegenstände anerkannte, war es nach germanischem Rechte, wie Schlegelberger in seinem grundlegenden Werke über das Zurückbehaltungsrecht nachgewiesen hat, keineswegs hierauf beschränkt, sondern auch an Handlungen zugelassen. Die spätere gemeinrechtliche Literatur, die den deutschrechtlichen Grundsätzen Rechnung trug,

ließ dann die Auffassung durchdringen, daß *Leistungen beliebiger Art* zurückbehalten werden können[1].

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat an der deutschrechtlichen Gestaltung festgehalten und die *weitere* gegenständliche Regelung des Zurückbehaltungsrechts dadurch auszudrücken versucht, daß es wie es in den Protokollen S. 312 heißt[2], anstatt des Wortes „zurückbehalten" „verweigern" einsetzte, und so die Fassung schuf: „Der Schuldner darf die Leistung verweigern." (§ 273 Abs. 1, BGB.)

So kann denn *alles*, was überhaupt *Gegenstand einer Leistungspflicht* sein kann, auch *Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts* sein: die Übergabe oder Rückgabe eigener oder fremder Sachen, die Vornahme von Handlungen, von Dienst- und Werkleistungen und Geldzahlungen; die Leistungen des rechtsgeschäftlichen Tuns: als die Begründung und Übertragung einer Forderung, die Einwilligungserklärung zur Übertragung des Eigentums eines Grundstückes, zu einer Löschung usw.; ferner auch Unterlassungen.

Daß auch Handlungen und Unterlassungen Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein können, ist *jetzt* allgemein anerkannt; in den Entstehungsjahren des BGB. hat die Unterstellung derselben unter das Zurückbehaltungsrecht in der Literatur manche Kritik hervorgerufen, so daß sich Seuffert beispielsweise dahin äußerte: „Beim Zurückbehalten eines facere kann man sich noch etwas denken, obwohl das Ding recht unzweckmäßig wäre; aber darüber, wie sich ein Zurückbehaltungsrecht an einem geschuldeten non facere praktisch gestaltet, wird man sich vergeblich den Kopf zerbrechen[3]."

---

[1] Vgl. Langfeld a. a. O. S. 112 ff.

[2] Vgl. Oertmann a. a. O. zu § 273 Ziff. 3.

[3] *Seuffert*, die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in Heft 11, § 3 der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. — Ähnlich *Laband*: Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 73 S. 191.

Heute ist man in Literatur und Praxis über den Umfang des Zurückbehaltungsrechts einig. So sagt Oertmann[1]: „Gegenstand können Leistungen jeder Art sein, nicht nur Sachen, sondern auch Handlungen (Erteilung von Unterricht, Vornahme von Reparaturen), auch negative Handlungen (Unterlassungen)," und Staudinger[2]: „Das Zurückbehaltungsrecht beschränkt sich nicht auf Sachleistungen; nicht bloß fremde auch die eigenen Sachen des Schuldners, zu deren Herausgabe derselbe verpflichtet ist, sowie Rechte und Handlungen, die er zu verschaffen oder vorzunehmen hat, können zurückbehalten werden."

Das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. sagt in einer Entscheidung vom 11. November 1907[3]: „Das Zurückbehaltungsrecht findet bei Forderungen aller Art statt, mögen sie auf Leistung von Sachen oder auf Handlungen gerichtet sein. Hiernach ist die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches als eine Leistung im Sinne des § 273 BGB. anzusehen, die beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts verweigert werden kann, und in der Entscheidung des Reichsgerichts 1909, V.-R. Nr. 3314[4] heißt es: „Unter der geschuldeten Leistung ist auch die Abgabe einer Willenserklärung zu verstehen[5]."

Die Forderung des Gläubigers, der Gegenstand der Zurückbehaltung, darf jedoch nicht nichtig sein, beispielsweise weil auf eine objektiv unmögliche Forderung gerichtet[6].

---

[1] a. a. O. Anm. 3 zu § 273.

[2] Anm. I 2 zu § 273.

[3] Recht 12, Nr. 700.

[4] Bei Neumann, Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, 1912, Anm. 14 zu § 273.

[5] Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 61 S. 133.

[6] Entscheidung des Reichsgerichts. Bd. 68 S. 292.

So eröffnet sich denn für die Zulassung des Zurückbehaltungsrechts *in bezug auf den Gegenstand* der Zurückbehaltung ein weites Feld, wie es bei einem auf der Grundlage der Billigkeit entstandenen Rechtsinstitut auch der Fall sein muß. Die Anwendung, die *über* die Grenze der Billigkeit hinaus gehen könnte, auszuschließen, hat das Gesetz nicht durch *gegenständliche Beschränkung*, sondern dadurch zu erreichen gewußt, daß es die Bestimmung einsetzte: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt," eine Bestimmung, die dem richterlichen Ermessen in *jedem Einzelfall* die Entscheidung über die Anwendbarkeit des Zurückbehaltungsrechts anheimstellt.

Im folgenden wird nun zuerst die Zurückbehaltung von Sachen und dann die Zurückbehaltung von Handlungen und Unterlassungen des näheren erörtert werden.

Die Zurückbehaltung von Sachen.

Daß die *eigene*, jedoch dem Gläubiger geschuldete Sache Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein kann, unterliegt keinem Zweifel. Ebenso, daß sich die Sache nicht notwendiger Weise im Besitze des Zurückhaltenden befinden muß; und wenn er sie besitzt, ist es gleichgültig, ob er einen unmittelbaren oder mittelbaren Besitz hat. Aber auch eine *fremde* (dem Gläubiger oder irgend einem Dritten gehörige, in allen Fällen aber dem Gläubiger geschuldete) Sache kann Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein.

Schlegelberger[1] folgert unter Hervorhebung des Sicherungszweckes je nachdem es sich um Zurückbehaltung einer eigenen oder einer fremden Sache handelt,

erstens: „Ohne Rücksicht auf ihren Wert und Charakter kann jede Sache zurückbehalten werden, die dem Zurückbehaltenden selbst gehört,

[1] a. a. O. S. 112 ff.

zweitens: Fremde Sachen können nur dann zurückbehalten werden, wenn sie den Anspruch real sichern."

Danach ist seines Erachtens ein Zurückbehaltungsrecht an solchen fremden Sachen zu versagen, welche nach gesetzlicher Vorschrift wegen Wertmangels nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein dürfen, mithin zur realen Sicherung ungeeignet sind. Ausgeschlossen ist nach ihm damit grundsätzlich das Zurückbehaltungsrecht an solchen Sachen, deren Verwertung einen Überschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt. (§ 803 Abs. 2 ZPO.) Die Anwendung dieses Grundsatzes liefere, so sagt er, praktisch brauchbare Resultate. Man müsse sich stets vor Augen halten, daß das Zurückbehaltungsrecht ein Sicherungsrecht aus Billigkeitsgründen ist. „Unbillig ist es aber," fährt er fort, „wenn ein Gläubiger Sachen des Schuldners unter dem Vorwande der Ausübung eines Sicherungsrechts zurückbehält, welche in keiner Weise geeignet sind, zur realen Sicherung zu dienen. Würde es dem Gläubiger gestattet sein, auch solche dem Schuldner gehörige Sachen zurückzubehalten, welche wegen Mangels an Geldwert der Zwangsvollstreckung nicht unterliegen, so würde diese Befugnis kein Sicherungsrecht, sondern ein Zwangsrecht sein. Weil es nicht sichern kann, würde der Gläubiger nur von ihm Gebrauch machen, wenn er auf den Schuldner einen Druck ausüben will. Das aber will gerade das Gesetz verhüten." In Verfolg dieser Darlegung schließt er daher an Versicherungspolizen[1], Hypotheken und Grundschuldbriefen und an den von den Krankenkassen ausgestellten Quittungsbüchern ein Zurückbehaltungsrecht aus. Das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf die in obigem Sinne wertlosen Gegenstände gibt er

[1] Derselben Ansicht bezüglich der Zurückbehaltung einer Lebensversicherungspolize: Bad. Rechtspraxis, 1907, S. 274.

jedoch einesteils, weil der Gegenstand durch die Verwendung wertvoll wird, anderenteils, weil durch die Verwendungen der Gegenstand einmal ins Eigentum des Zurückhaltenden übergehen, dann aber auch infolge der Verwendungen der Gegenstand in seiner Totalität wirtschaftlich als ein fremder nicht mehr erachtet werden kann. Für den Fall, daß durch eine wertlose Sache in obigem Sinne ein Schaden zugefügt ist, versagt er in allen Fällen das Zurückbehaltungsrecht[1].

Der Ansicht Schlegelbergers ist jedoch nicht beizutreten. Es widerspricht eben keineswegs die Zurückbehaltung nach § 803 Abs. 2 ZPO. wertloser Sachen dem Wesen des Zurückbehaltungsrechts als eines Sicherungsrechtes und seinem Zwecke, der Sicherung. Es nimmt ja auch im Einzelfalle, wie schon oben ausgeführt, der Wille eines Schuldners auch gelegentlich einen Zwang auf seinen Gläubiger auszuüben, dem Zurückbehaltungsrecht nicht den Charakter eines Sicherungsrechtes. Aber ganz abgesehen hiervon, hat eben jeder Leistungsgegenstand, der auch nur in irgend einer Weise von dem geringsten Interesse für den Gläubiger ist, eben aus diesem Interesse heraus Sicherungswert für den Schuldner.

Im einzelnen vergleiche über Legitimationspapiere als Gegenstand des Zurückhaltungsrechts die Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 20 S. 135, Bd. 16 S. 164, Bd. 29 S. 302, Bd. 51 S. 86, Bd. 68 S. 277 ff.

Daß auch Hypothekenbriefe einen geeigneten Gegenstand für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts bilden, darüber vergleiche die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 66 S. 97, 100 und die Entscheidung vom 28. Mai 1907 im Recht 11, Nr. 1788, die wie folgt sagt: „Aus dem Zurückbehaltungsrecht erwächst dem Schuldner eine seine Leistungspflicht hemmende Einrede, die auf derselben Grundlage beruht wie die Einrede der Arglist. Darum

[1] Schlegelberger, a. a. O. S. 114 ff.

ist es unbedenklich, das Zurückbehaltungsrecht auch in solchen Fällen zuzugestehen, in denen die geschuldete Leistung die Herausgabe einer nicht zu den Wertpapieren oder wenigstens nicht zu den vollkommenen Wertpapieren, z. B. eines Hypothekenbriefes, betrifft. Erweist sich ein Darlehnsvertrag und das zur Sicherheit für die Darlehnssumme abgeschlossene Verpfändungsgeschäft als nichtig, so kann, insoweit aus der Darlehnshingabe ein Bereicherungsanspruch verblieben ist, auch für diesen Bereicherungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht an dem auf Grund des Verpfändungsgeschäfts in die Hände des Darlehnsgebers gelangten Hypothekenbriefe geltend gemacht werden. Denn es ist das natürliche, daß bei Nichtigkeit des Darlehns- und des Verpfändungsgeschäfts die daraus erwachsenden gegenseitigen Ansprüche gleichzeitig abgewickelt werden[1]."

Auch die Zurückbehaltung von nach § 811 ZPO. unpfändbaren Sachen und von Gegenständen, die nach § 812 ZPO. nicht gepfändet werden sollen, z. B. dem Werkzeug des Arbeiters, ist zu bejahen, wenn auch die hierin liegende Härte nicht verkannt werden soll.

Nicht nur Sachen sondern auch geschuldete Handlungen können zurückbehalten werden, wie dies des näheren schon oben dargelegt worden ist. Hier ist nur noch zu der umstrittensten Frage des Zurückbehaltungsrechtes Stellung zu nehmen, der Frage, ob es ein Zurückbehaltungsrecht an Leistungen aus unpfändbaren Forderungen gibt, mit anderen Worten, ob die Pfändbarkeit des Gläubigeranspruches erforderlich ist.

---

[1] Vgl. auch noch: Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 68, S. 32, und die Entscheidung des Reichsgerichts in der Jur. Woche, 1907, S. 477, Ziff. 7, Jur. Woch., 1908, S. 134, Ziff. 2.

Welche Ansprüche unpfändbar sind, richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 851 ff. ZPO.[1]

Praktisch wird die Frage nach der Pfändbarkeit des Gläubigeranspruchs bei den Lohnforderungen aus Arbeits- und Dienstverträgen. Der Arbeiter, der Dienstverpflichtete stehen als Gläubiger dem Arbeitgeber, dem Dienstberechtigten gegenüber, die ihrerseits auf Grund des Vertrages konnexe Ansprüche, meist auf Schadensersatz haben, deren klageweise Geltendmachung bei der wirtschaftlichen Schwäche dieser Personen in den wenigsten Fällen von materiellem Erfolg ist. Die Aufrechnung ist gemäß §§ 394 Satz 1 BGB. und 850 ZPO. untersagt.

Ausgehend davon, daß der Arbeiter eben als Arbeiter von vornherein als der wirtschaftlich schwächere, der Arbeitgeber aber, eben als Arbeitgeber, als der wirtschaftlich Stärkere anzusehen sei, und daß sich eine gewaltige Kluft zwischen besitzloser Arbeit und ausbeutendem, arbeitslosem Besitz befinde, kommt man in Literatur und Praxis zur Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts an unpfändbaren Forderungen[1].

[1] Dernburg (a. a. O. Bd. 2, S. 292, Anm. 3) führt noch andere Fälle von Unpfändbarkeit an.

[2] Für die Ausschließung sind:

Goldmann (a. a. O. I Anm. 3 zu § 59).

Lippmann (a. a. O. Bd. 43, S. 541 f.).

Lotmar (a. a. O. S. 425 ff.).

Landmann (a. a. O. § 115, Ziff. 21).

Aus der Rechtsprechung:

Oberlandesgericht Dresden vom 8. April 1908, in den Entscheidungen der Oberlandesgerichte 18,1 (bei Soergel 09, Anm. 12 zu § 273): Gegenüber einem nach dem Lohnbeschlagnahmegesetz unpfändbaren Gehaltsanteil ist ein Zurückbehaltungsrecht zu verneinen.

Oberlandesgericht Marienwerder vom 29. Oktober 1909 (Seuff, Archiv 65, Nr. 49): Gegen unpfändbare Lohnforderungen kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden.

Oberlandesgericht Jena vom 18. Juni 1910 (Seuff, Archiv, Bd. 65, Nr. 22): Die Aufrechnung gegenüber einem Unterhaltsanspruch

Diese Grundlage ist jedoch vollständig falsch. Man denke, um mit Schlegelberger (a. a. O., S. 129 ff.) zu reden, an einen alten Gärtnereibesitzer, der sich infolge von Krankheit und Gebrechlichkeit genötigt sieht, die Arbeitskraft eines jungen kräftigen Gehilfen heranzuziehen, und an die Tausende von Witwen der sogenannten kleinen Beamten und die unzähligen Handwerker, die in dem Konkurrenzkampfe unserer Übervölkerung sich kaum über Wasser halten können und oft in einer Abhängigkeit von ihren Arbeitern sind. Wer ist hier der wirtschaftlich Schwächere, der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber? Soll man sich der Arbeitgeber weniger annehmen, weil

---

ist nach § 394, BGB., § 850[2] C.P.O. verboten. Die gleichen sozialpolitischen Erwägungen, auf denen dieses Verbot beruht, stehen der Zulässigkeit der Retention entgegen, die bei Geldforderungen im wirtschaftlichen Erfolg auf eine Aufrechnung hinausläuft.

Für die Zulässigkeit sind dagegen:

Dernburg (a. a. O. Bd. 2 S. 127) Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 273.

Pappenheim (a. a. O., S. 86 ff.)

Staub (a. a. O. Anm. 34 zu § 59, H.G.B. Nr. 5).

Schollmeyer (a. a. O. zu § 394, Note 1).

Cosack (a. a. O. § 86 Anm. 10).

Crome (a. a. O. § 192 Anm. 40).

Staudinger (a. a. O. Anm. zu § 614).

Schlegelberger (a. a. O. S. 134 ff.)

Aus der Rechtsprechung:

Oberlandesgericht Rostock vom 21. November 1901 (Jur. Zeitung, 1902, S. 488).

Oberlandesgericht Kiel vom 27. Oktober 1902 (Mugdan-Falkmann, Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Bd. 6, S. 225).

Kammergericht vom 14. März 1903 (Mugdan-Falkmann, Bd. 6, S. 423/424).

Oberlandesgericht Königsberg vom 21. Juni 1912 (bei Soergel, 1912, Anm. 9 zu § 273).

Oberlandesgericht Dresden vom 17. Dezember 1907 (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 16 S. 358, bei Soergel 1908, Anm. zu § 273).

Weitere Literaturangaben bei Schlegelberger a. a. O. S. 138, 139.

sie Arbeitgeber sind? Wie schwer trifft sie der Schaden, der aus verpfuschter Arbeit, aus Liegenlassen derselben entsteht? Wie ständen sie selbst bei vorsätzlicher Schädigung schutzlos und ihren Arbeitern vollständig in die Hände gegeben da!

Die Aufrechnung ist ihnen gemäß § 394 BGB. versagt, ein Zurückbehaltungsrecht darf ihnen nicht versagt werden und zwar aus folgenden Gründen:

1. Das Gesetz hat es nicht ausdrücklich ausgeschlossen (§§ 273, 274 BGB.).

2. Im § 394 BGB. handelt es sich um singuläre Vorschriften, die eine analoge Anwendung ausschließen (Oertmann a. a. O., Anm 3b, Staudinger a. a. O. I 1 zu § 273).

3. Die Literatur[1] hat einen objektiv zwingenden Beweis für die Unzulässigkeit nicht erbracht.

Aufbauend auf von vornherein falscher Grundlage verkennen dann die Gegner auch noch den Unterschied zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung. Bestände dieser Unterschied nicht, dann müßte allerdings, um mit Oertmann[2] zu reden, „eine freiere Auslegung des Gesetzes zweifellos auch sie ausschließen, um zu vermeiden, daß die den Arbeitern zugedachte Wohltat auf einem Umwege ihnen wieder entzogen werde."

Der Unterschied besteht aber:

Die Zurückbehaltung erfordert als Voraussetzung Konnexität und berührt in der Wirkung nicht die Existenz des beeinflußten Anspruchs, so daß Bürgschaften und Pfandrechte bestehen bleiben und Zinsen weiter laufen, während die Aufrechnung konnexe Ansprüche nicht voraussetzt und im Erfolge den Anspruch tilgt. „Es sind eben Aufrechnung und

[1] Vgl. die oben angeführten Schriftsteller, die sich für die Unzulässigkeit aussprechen.

[2] a. a. O. Anm. 36 zu § 273.

Zurückbehaltung nach Art, Richtung, Voraussetzungen und Wirkungen durchaus verschiedene Rechtsbehelfe. Die Aufrechnung ist nicht wie die Zurückbehaltung eine Einrede, sondern ein Rechtsgeschäft. Der Aufrechnende will nicht leisten, vielmehr auf Kosten eines eigenen Anspruches die Forderung des Gegners tilgen: wer zurückbehält, will leisten, aber nicht zur Zeit und nur gegen die Gegenleistung. Bei der Aufrechnung fehlt die prozessuale Wirkung des § 274 BGB. Auch die Voraussetzungen sind bei den beiden Rechtsgeschäften verschieden; die Zurückbehaltung verlangt Konnexität der Ansprüche, die Aufrechnung nicht; andererseits treffen bei ersterer die Unzulässigkeitsfälle des §§ 392 BGB. nicht zu. Deshalb ist die Zurückbehaltung nicht bloß eine unentwickelte Aufrechnung, sondern ein anderer Rechtsbehelf." (Jur. Woch. 1911 S. 215 ff., Nr. 14.)

Wenn nun trotz dieser Unterschiede das Zurückbehaltungsrecht auch noch in neueren Entscheidungen (vgl. die oben angeführten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Dresden, Marienwerder und Jena) der Aufrechnung gleich gestellt wird, so muß man mit Staudinger[1] „diese auffällige Tendenz für einen bedenklichen „freirechtlichen" Einfluß sozialpolitischer Anschauungen auf die Rechtslehre" halten. Daß es dabei zu offensichtlichen Unbilligkeiten kommt, indem man mit zu weit gehender humanitärer Rücksicht auf die sog. schwächeren Existenzen den Schuldner eines „privilegierten" Gläubigers vielfach gegen Treu und Glauben entrechtet, das scheint man allerdings nicht zu beachten[2].

Die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Ansprüchen kann

---

[1] a. a. O. Anm. 1 zu § 273.

[2] Staudinger ebenda.

daher gerade mit Rücksicht auf den Zug der Zeit nicht genug hervorgehoben werden.

Daß auch Unterlassungen Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein können, ist oben schon dargelegt, ergibt sich aber auch daraus, daß eine „Leistung" verweigert werden darf, eine „Leistung" aber nach § 241 BGB. „auch in einem Unterlassen bestehen kann." Bildet aber eine Unterlassung Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes, so ist eine eingehende Prüfung vorzunehmen, ob sich die Zurückbehaltung mit dem Sicherungszweck des Zurückbehaltungsrechts vereinen läßt, und ob sich nicht aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergibt. Es darf das einstweilige non facere nicht der endgültigen Nichterfüllung gleich stehen, was dem Prinzipe der Billigkeit nicht entspräche. Es soll dem Zurückhaltungsberechtigten ja keine Befriedigung, sondern nur ein Recht zur vorübergehenden Verweigerung der Leistung gewährt werden. Es darf durch das Unterlassen die Erfüllung der Verpflichtung nicht gänzlich ausgeschlossen sein, z. B. wie Schollmeyer erwähnt, „weil bei der Verpflichtung die Einhaltung der Leistungszeit derartig wesentlich wäre, daß die Verspätung der Leistung gleich gänzlicher Nichterfüllung sein würde." Es muß sich auch um fortgesetzte Omissivhandlungen handeln, denn geht die Verpflichtung auf eine einzige Unterlassung, so würde die Vornahme der Handlung, zu deren Unterlassung man verpflichtet ist, totale und dauernde Unmöglichkeit der Erfüllung zur Folge haben. Staudinger[1] sagt: „besonders häufig wird die Verweigerung der Leistung dem Zweck des Schuldverhältnisses dann widersprechen, wenn sie in einem Unterlassen besteht[2]."

[1] a. a. O. zu § 273, Ziff. 1b.

[2] a. a. O. Anm. II 1c zu § 273

[3] Vgl. auch Oertmann a. a. O. Anm. 3 zu § 273 und Schlegelberger a. a. O. S. 139 ff.

Der Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger kann persönlicher und dinglicher Natur sein, weil das auf der Grundlage der Billigkeit entstandene Zurückbehaltungsrecht den Schuldner sichern muß, gleichgültig, aus welcher Art Rechtsverhältnis der Anspruch seines Gläubigers entstanden ist. Crome[1] sagt: „Das Zurückbehaltungsrecht kann persönlichen und dinglichen Ansprüchen wirksam entgegentreten," und weiter[2]: „Der allgemeine Teil der Schuldverhältnisse enthält tatsächlich bis zu einem gewissen Grade auch das allgemeine Anspruchsrecht, und gegen Ansprüche als solche ist das Zurückbehaltungsrecht als „Einrede" gerichtet.

Ebenso Oertmann[3], Matthias[4], Staudinger[5].

Das Reichsgericht[6] sagt: „Ein an sich begründetes Zurückbehaltungsrecht kann nicht dadurch beseitigt werden, daß anstatt des persönlichen Anspruchs auf Zurückgabe der Sache der dingliche Herausgabeanspruch des Eigentümers erhoben wird." Wenn so das Zurückbehaltungsrecht gegenüber allen Ansprüchen grundsätzlich gegeben ist, so ist es doch gegenüber einer Klage aus § 1632 BGB. aus öffentlichen Interessen zu versagen. Der Beklagte, der nach dieser Bestimmung zur Herausgabe eines Kindes verpflichtet ist, kann es nicht wegen der Unterhaltskosten zurückbehalten, auch nicht, wenn es sich um vertragsmäßige Verpflegungsübernahme handelt[7].

---

[1] a. a. O. Bd. 1 § 124 S. 546.

[2] Note 6 ebenda.

[3] Anm. 1 ba zu § 273.

[4] a. a. O. Bd. 1 § 69 Vorbem.

[5] Anm. I 2 zu § 273.

[6] Jur. Woch. 09, S. 133 Nr. 5.

[7] Vgl. Motive IV, S. 752/754, Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 10, S. 116, Planck a. a. O. IV, Anm. zu § 1632, Neumann, Handausgabe I, Note II 2 zu § 273, Endemann, a. a. O. II S. 862 Anm. 17; Schlegelberger, a. a. O. S. 123.

Auch fällig und klagbar muß der Anspruch des Gläubigers sein. Fälligkeit des Gläubigeranspruchs oder mit anderen Worten der Verpflichtung des Schuldners ist eine begriffliche Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes: „ist der Anspruch des Gläubigers überhaupt noch nicht fällig, so ist kein Raum für die Zurückbehaltung, so in all den Fällen, in denen sein Anspruch von der Erfüllung des Schuldners abhängig ist, diesem vorausgehen muß (Rechnungslegung des Verwalters vor der Lohnzahlung) Seuff. Arch., Bd. 63 Nr. 9 13/14“[1].

Eine ausdrückliche Hervorhebung der Fälligkeit des Gläubigeranspruches als Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts brauchte das Gesetz daher nicht zu geben. Sie ergibt sich aber aus der im § 274 BGB. geregelten Folge des geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts, nämlich der Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug, die bei einem nicht fälligen Anspruche des Gläubigers ungerechtfertigt wäre.

Fällig ist nun eine Verpflichtung, wenn ihre Leistungszeit eingetreten ist. Wann dies ist, ergibt sich aus dem einzelnen Rechtsverhältnisse oder den Bestimmungen des § 271 BGB., der lautet:

„Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.“

Weiter muß der Anspruch des Gläubigers klagbar sein, d. h. er muß so beschaffen sein, daß für den Fall, daß ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend gemacht

[1] Oertmann, Anm. 1a zu § 273.

wird, eine Verurteilung des Schuldners unbedingt erfolgen müßte. Dies ist selbstverständlich, denn fehlte es an der Klagbarkeit, so muß schon von selbst Abweisung erfolgen.

Ein Eigentumswechsel in der Person des Gläubigers durch Abtretung des Herausgabeanspruches bei beweglichen Sachen, ferner die Übertragung der Forderung des Gläubigers zerstören nicht das an sich berechtigte Zurückbehaltungsrecht des Schuldners. Die erste Folge ergibt sich aus der Erwägung, daß der Zurückhaltungsberechtigte auf Grund dieses Rechts zum Besitze berechtigt und Besitzer ist in Verbindung mit der Vorschrift des § 986 Abs. 2 BGB., die lautet:

„Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 BGB. durch Abtretung des Anspruches auf Herausgabe veräußert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen."

Für das Fortbestehen des berechtigten Zurückbehaltungsrechtes trotz Übertragung der Forderung ist die Regelung durch § 404 BGB. erfolgt:

„Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren."

Auch die Beschlagnahme des Gläubigeranspruchs kann das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners, der jetzt zum „Drittschuldner" wird, nicht beseitigen, weil es eben unbillig erscheint, daß auf diese Weise der Schuldner seine Sicherung verliert. Vgl. Staub[1], Sydow-Busch[2], Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 33 S. 359: „Der Drittschuldner kann bei Überweisung von gepfändeten Ansprüchen dem Gläubiger

[1] a. a. O. zu § 369 Anm. 38.
[2] Kommentar zur Z.P.O. 13. Aufl. § 836 Anm. 1.

alle bis zur Pfändung entstandenen Einwendungen entgegensetzen", und Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Februar 1909[1]: „Ist eine Forderung gepfändet und dem Pfändungsgläubiger zur Einziehung überwiesen, so kann das dem Schuldner gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger zustehende Zurückbehaltungsrecht auch dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber geltend gemacht werden."

§ 6.

Der Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger.

Ein fälliger Anspruch des Schuldners ist nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 273 Abs. 1 und § 274 Abs. 1) wesentliche Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts. Er kann inhaltlich beliebiger Art und wie der Hauptanspruch auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet sein. Der Zweck des Zurückbehaltungsrechts ist nun die Sicherung des Schuldners, und da ein Anspruch desselben Voraussetzung ist, Sicherung des Schuldners, weil er einen Anspruch hat. Nur infolge des ihm zustehenden Anspruchs ist daher der Schuldner zur Verweigerung der ihm obliegenden Leistung berechtigt; steht ihm gegen seinen Gläubiger ein Anspruch nicht zu, dann ist für das Zurückbehaltungsrecht kein Raum. Ein Anspruch ist nach § 194 BGB. „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen," setzt daher auf Seiten des Anderen eine Verbindlichkeit voraus. Wo auf der Seite des Gläubigers eine Verbindlichkeit nicht besteht, ist demnach für den Schuldner kein Anspruch vorhanden und ein Zurückbehaltungsrecht nicht gegeben. So begründen denn die Forderungen aus Spiel und Wette und aus dem Ehemäklervertrage

[1] Gruchot a. a. O. 53, 918.

ein Zurückbehaltungsrecht nicht. Dieses ergibt der klare Ausdruck des Gesetzes:

§ 762 BGB.

„Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet."

§ 656 BGB.

„Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet."

Vgl. Oertmann[1]: „Zurückbehaltung wegen bloß natürlicher Verbindlichkeiten ist ausgeschlossen, sowohl weil überhaupt keine Ansprüche vorliegen, als auch weil das Gesetz jeden auch nur indirekten Zwang gegen den Schuldner in diesen Fällen ausgeschlossen wissen will."

Schollmeyer[2]: „Weil in diesem Falle das Gesetz jeden Zwang zur Erfüllung versagen will und Retention ein indirekter Zwang sein würde.

Vgl. auch Endemann[3].

Dernburg[4] versagt in diesen Fällen das Zurückbehaltungsrecht, weil der Schuldneranspruch klagbar sein müsse. Die Klagbarkeit des Schuldneranspruches ist anders als beim Gläubigeranspruch jedoch nicht zu fordern[5].

Dies ergibt auch die Bestimmung der §§ 1000 f. BGB. — § 1000 BGB. gibt dem Besitzer einer Sache wegen Verwendungen auf dieselbe einen klaglosen Ersatzanspruch, zu dessen Sicherung das Zurückbehaltungs-

[1] a. a. O. Anm. 2 zu § 273.
[2] Zu § 273 Ziff. 2a.
[3] Bd. 1, § 126 Note 7 a. a. O.
[4] a. a. O. § 57 Note 7, S 123.
[5] Vgl. die Motive und Goldschmidt a. a. O. S. 971.

recht gegeben ist. Klagbarkeit dieses Anspruches tritt nach § 1001 erst ein, wenn der Eigentümer die Sache wieder erlangt oder die Verwendungen genehmigt. Auch wegen eines verjährten Anspruches des Schuldners gegen den Gläubiger ist ein Zurückbehaltungsrecht gegeben. Ebenso Oertmann[1], Schollmeyer[2], Staudinger[3]; anderer Ansicht: Dernburg[4], Endemann[5].

Dies ergibt sich

1. daraus, daß das Gesetz eine entgegenstehende Bestimmung nicht kennt,

2. daraus, daß das Gesetz trotz Verjährung in dem § 223 Abs. 1 und 2 die weitgehendste Selbstsicherung zuläßt, und

3. aus der Bestimmung des § 390 BGB., wonach „die Verjährung die Aufrechnung nicht ausschließt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war."

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß verjährte Ansprüche vom Gesetz berücksichtigt werden. Da das Zurückbehaltungsrecht in seinen Wirkungen lange nicht so einschneidend ist, wie die Aufrechnung, kann man von der Zulässigkeit der Aufrechnung auch auf die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts schließen. Man kann sogar noch weiter sagen, daß die aus Billigkeitsrücksichten in den § 390 BGB. aufgenommene Bedingung, daß die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war, für das

---

[1] a. a. O. 2a zu § 273.
[2] a. a. O. zu § 273 Ziff. 2a.
[3] Zu § 273 I 4.
[4] a. a. O. § 57, Note 7 S. 123.
[5] a. a. O. Bd. 1, § 126 Note 17.

Zurückbehaltungsrecht nicht gefordert werden darf, da die unbillige und zweckwidrige Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch das Erfordernis der Konnexität der Forderungen und die Bestimmung, „sofern sich aus dem Schuldverhältnis nicht ein anderes ergibt," hinreichend ausgeschlossen erscheint.

Zu untersuchen ist noch die Frage, ob denn eine verjährte Forderung noch fällig sein kann, was ja eine wesentliche Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist.

Fälligkeit ist der Zeitpunkt, von welchem an der Gläubiger die Leistung verlangen kann.

Nach § 271 BGB. kann die Leistung sofort verlangt werden, wenn nicht eine andere Leistungszeit bestimmt ist oder aus den Umständen sich ergibt. Wird die Forderung erst im Laufe des Rechtsstreits fällig, so ist dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht zu versagen; denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Schuldner von seinem Verzuge auch noch Vorteile hätte[1].

Verjährung ist der Zeitablauf, der, ohne das Recht des Gläubigers zu zerstören, dem Schuldner das Gegenrecht gibt auf Grund des Zeitablaufs die Leistung zu verweigern. Die Verjährung bewirkt somit nur, daß der exekutive Zwang genommen ist; die Verpflichtung bleibt, (vgl. § 222 BGB.) und zwar, wenn sie einmal fällig war, auch als „fällige Verpflichtung", weil für den Begriff der Fälligkeit lediglich das Merkmal wesentlich ist, daß die Leistungszeit für den die Kehrseite der Verpflichtung bildenden Anspruch einmal eingetreten ist.

[1] Vgl. Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 7. November 1894 in Seuff. Archiv, Bd. 51 Nr. 87, und Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 3. Juli 1899 in Seuff. Archiv, Bd. 55 Nr. 1, sowie Oertmann (Anm. 2a zu § 273): Man kann zurückhalten wegen aller Ansprüche, die nicht später als der Anspruch des Gegners zu erfüllen sind."

Des weiteren sind jetzt noch die Fälle zu erörtern, in denen die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts aus dem Grunde ausgeschlossen ist, weil es überhaupt an einem Anspruch des Schuldners dem Gläubiger gegenüber fehlt.

Nach § 368 BGB. hat der Gläubiger gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) zu erteilen.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[1] hält die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts auf Grund dieser Bestimmung für angebracht. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten; es steht dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht an der ihm obliegenden Leistung bis zur Erteilung der Quittung nicht zu. Nur um den Schuldner dagegen zu sichern, daß er noch einmal in Anspruch genommen wird, ist ihm vom Gesetz diese Vergünstigung eingeräumt. Es geht, wie Planck[2] zutreffend ausführt, der Zweck dieser Bestimmung dahin, den Schuldner, welcher die Leistung bewirkt hat, gegen Bestreitung von seiten des Gläubigers zu sichern. Erst nach Bewirkung der Leistung entsteht aus der Tatsache der Bewirkung in Verbindung mit § 368 für den Schuldner ein Anspruch auf Quittung[3].

Ebenso liegt es im Falle des § 371 BGB., nach dem, wenn über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden ist, der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen kann, (derselben Ansicht ist Schlegelberger[4], anderer Ansicht Oert-

---

[1] Vgl. Fischer-Henle a. a. O. zu § 368, Ziff. 1; Oertmann zu § 273, 1a γ; Planck zu § 368 Ziff. 2 und zu § 273 Ziff. 1a; Schollmeyer zu § 273, Ziff. 2bα; Neumann zu § 273; Endemann, Bd. 1 § 126 Anm. 14.

[2] a. a. O. zu § 368, Ziff. 5e.

[3] Derselben Ansicht ist Schlegelberger a. a. O. S. 141 ff.

[4] a. a. O. S. 142.

mann[1]), und im Falle des § 403 BGB., wonach der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen hat. Ebenso Planck[2]; anderer Ansicht Oertmann[3], Schollmeyer[4].

Auch das Leistungsverweigerungsrecht der §§ 799 Abs. 2 BGB. und 800 BGB. können nicht als Zurückbehaltungsrecht aus den obigen Gründen angesehen werden. Anderer Ansicht ist Oertmann[5].

Im § 255 BGB.:

„Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadenersatz zu leisten hat, ist zum Ersatz nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen."

kann auch mit Schlegelberger[6] von der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts keine Rede sein, weil das Entstehen einer selbständigen Verpflichtung zur Abtretung von der Erfüllung der Schadenersatzverpflichtung abhängig ist, der Anspruch erst mit der Leistung des Ersatzes entsteht, also dann noch nicht vorhanden ist, wenn der Ersatzberechtigte Leistung verlangt[7].

Auch in den §§ 410, 797, 798, 808 Abs. 2 BGB., in denen von „Verpflichtungen des Schuldners nur gegen Aushändigung" gesprochen wird, ist ein Zurückbehaltungsrecht nicht enthalten, weil der Schuldner

---

[1] a. a. O. zu § 273 Anm. 1a, γ.

[2] a. a. O. zu § 274 Ziff. 4.

[3] a. a. O. zu § 273 Anm. 1a, γ.

[4] a. a. O. zu § 273 Ziff. 2b α.

[5] a. a. O. zu § 273 Anm. 1a, γ und zu § 800, Ziff. 3.

[6] a. a. O. S. 142.

[7] Anderer Ansicht sind Oertmann a. a. O. zu § 255 Ziff. 3, Neumann a. a. O. zu § 255 Ziff. 1, und Fischer-Henle a. a. O. zu § 255, Ziff. 4.

einen selbständigen fälligen Anspruch auf Aushändigung nicht hat, sondern lediglich eine Einschränkung seiner Leistungspflicht in diesen Fällen vorliegt[1].

Daß die Rechte des Schuldners aus den §§ 258, 867, und 811 Abs. 2 BGB. „die Leistung zu verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird," kein Zurückbehaltungsrecht begründen, darüber herrscht Übereinstimmung, weil diese Rechte den Schuldner nicht sichern, weil er einen Anspruch hat, sondern eine Verpflichtung zu erfüllen hat, die allerdings möglicherweise einen Anspruch erzeugen kann.

Des weiteren bedarf es keiner Erörterung, daß in den §§ 1428, 1579 und 1585 Abs. 2 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht nicht gegeben ist, wenn auch das Gesetz selbst sich des Ausdruckes „zurückbehalten" bedient. Es wird in diesen Fällen „zur eignen Verwendung zurückbehalten," also eine Befriedigung aus dem zurückbehaltenen Gegenstand gewährt, was bei dem Zurückbehaltungsrecht, wie oben ausgeführt ist, ausgeschlossen ist.

§ 7.

Die Wechselseitigkeit beider Ansprüche.

Nachdem in den vorhergehenden Paragraphen das Bestehen eines Gläubiger- und eines Schuldneranspruches als wesentliches Erfordernis des Zurückbehaltungsrechts nachzuweisen versucht ist, werden im Folgenden die Voraussetzungen bezüglich des inneren Verhältnisses der gegenüberstehenden Forderungen, nämlich die Wechselseitigkeit der Ansprüche und die Konnexität der Ansprüche geprüft werden.

[1] Ebenso: Fischer-Henle a. a. O. zu § 410 Ziff. 1; Planck a. a. O. zu § 410 Ziff. 3; Oertmann a. a. O. zu § 410 Ziff. 2. Anderer Ansicht Oertmann bez. §§ 797 a. a. O. zu § 797 Ziff. 1, 798 a. a. O. zu § 798 Ziff. 1, 808 a. a. O. zu § 808 Ziff. 1b.

Grundvoraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes ist ferner die Wechselseitigkeit der Ansprüche oder die Identität der Parteien, die darin besteht, daß der Schuldner zugleich Gläubiger seines Gläubigers und dieser wieder Schuldner seines Schuldners ist. Dies ist natürlich nicht so zu verstehen, daß die Ansprüche nicht auch noch Beziehungen zu dritten Personen haben dürften, wie es beispielsweise bei Ansprüchen aus Gesamtschuld- oder Gesamtgläubigerverhältnissen der Fall ist. Nur in einigen ganz bestimmt bezeichneten Fällen verzichtet das Gesetz auf dieses Erfordernis, nämlich im Falle der Bürgschaft (§ 768 BGB.) und der Rechtsnachfolge durch Übertragung der Forderung (§ 404 BGB.), der Schuldübernahme (§ 417 BGB.) und Vermögensübernahme (§ 419 BGB.)

I. Bürgschaft.

Im Wesen der Bürgschaft ist es begründet, daß der Bürge, für dessen Verpflichtung der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen und demgemäß auch ein dem Hauptschuldner zustehendes berechtigtes Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, was von praktischer Bedeutung wird, wenn er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird.

II. Rechtsnachfolge.

Gemäß § 404 BGB. kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, d. h. er kann auch die zur Zeit der Abtretung des Anspruchs begründete Einrede des Zurückbehaltungsrechts auch dem neuen Gläubiger entgegenstellen.

Nach § 417 BGB. kann der Schuldübernehmer dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und

dem bisherigen Schuldner ergeben. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen. Aus der Ausnahme der Aufrechnung ergibt sich, daß dem Schuldübernehmer auch die Einrede des Zurückbehaltungsrechts gegeben ist, wenn es dem bisherigen Schuldner gegen den Gläubiger zugestanden hat.

Das Gleiche gilt für die im § 419 BGB. geregelte Vermögensübernahme.

Das Gesetz kennt weitere Ausnahmen nicht, es hält im Prinzip die Wechselseitigkeit der Ansprüche für ein wesentliches Erfordernis des Zurückbehaltungsrechts.

§ 8.

Der Zusammenhang [Konnexität] beider Ansprüche.

Der Umstand, daß zwei fällige Ansprüche in wechselseitiger Beziehung zu einander stehen, vermag noch nicht allein die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts zu begründen; es muß noch ein weiteres Erfordernis hinzutreten: der Zusammenhang, die Konnexität dieser Ansprüche.

Die gemeinrechtliche Literatur, die diesen Begriff gebildet hat, versteht darunter den allgemeinen Rechtfertigungsgrund für die sich im Corpus iuris zerstreut vorfindenden Fälle von Zurückbehaltungsrecht. Da jedoch von einigen Schriftstellern[1] das Vorhandensein eines einheitlichen Prinzips, auf dem das Zurückbehaltungsrecht beruhe, geleugnet wurde, andererseits diejenigen Schriftsteller, die Konnexität als eine unbedingte Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ver-

---

[1] Vgl. Großkopff a. a. O. § 7 und 19; Langfeld a. a. O. § 16, S. 91 ff.; Windscheid, Bd. II, § 351 3. a. E. und in der krit. Vierteljahrszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 1, S. 127.

langten[1], diesen Begriff nicht in eine klare Fassung zu bringen vermochten, ist in der gemeinrechtlichen Praxis die Bedeutung dieses Begriffes für das Zurückbehaltungsrecht bestritten geblieben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch umschreibt im § 273 Abs. 1 den Begriff der Konnexität und verlangt als Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts, daß der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat.

Indem das Gesetz hier einen einheitlichen Konnexitätsbegriff schuf, hat es gleichzeitig in den Bestimmungen der §§ 273, 274 ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht geschaffen.

Die in der Literatur vertretene Ansicht, daß in den Worten „aus demselben rechtlichen Verhältnisse" nur die Voraussetzung für eine Konnexitätskategorie zu sehen sei, und man unter Berücksichtigung des § 273 Abs. 1 und Abs. 2 zwischen Konnexität kraft Rechtsgrundsatzes und kraft Gegenstandes zu unterscheiden habe, ist zu verwerfen.

Eine Definition des Begriffes Konnexität sehen in den Worten „aus demselben rechtlichen Verhältnisse" Oertmann, Schlegelberger, Matthias, Endemann, Stammler, Staudinger.

Oertmann[2] sagt: „Es findet Anwendung beim Gegenüberstehen zweier fälliger Ansprüche, sofern sie auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen, (bisheriges Erfordernis der Konnexität wiederholt)," und[3]: „Insbesondere Absatz 2 regelt einige besonders wichtige Fälle."

---

[1] Vgl. Schenck a. a. O. § 41 S. 131, § 45 S. 150, § 55 S. 178. Cramer, Archiv für zivil. Praxis, Bd 37, S. 320 ff. und S. 423. Goldschmidt a. a. O. § 94 S. 964.

[2] a. a. O. Anm. 1a zu § 273.

[3] Anm. 6 zu § 273.

Schlegelberger[1]: „Das BGB. kennt nicht mehrere nebeneinander geordnete Konnexitätskategorien sondern einen einheitlichen Konnexitätsbegriff" und[2]: „Durch die Einheit des Konnexitätsbegriffs ist die Möglichkeit eines einheitlichen Zurückbehaltungsrechts gegeben."

Matthias[3]: „Das Erfordernis, daß beide Ansprüche, der Voranspruch des Berechtigten und der Gegenanspruch des Verpflichteten auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen (Konnexität), ist dann erfüllt, usw.", und[4]: „Außerdem ist, ohne daß das Erfordernis der Konnexität einer Nachprüfung bedürfte, das Zurückbehaltungsrecht gegeben, wenn der zur Herausgabe eines Gegenstandes irgendwie Verpflichtete einen fälligen Anspruch wegen Verwendungen auf diesen Gegenstand hat, oder wenn ihm ein Anspruch wegen eines ihm durch diesen Gegenstand verursachten Schadens zusteht."

Endemann[5]: „Das Zurückbehaltungsrecht wird kraft Gesetzes gewährt, wenn der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Maßgebend ist also das Erfordernis der Konnexität."

Stammler[6]: „Das BGB. umgrenzt die Konnexität als allgemeine Voraussetzung jetzt dahin, daß die beiden Ansprüche aus demselben rechtlichen Verhältnisse entstanden sein müssen."

Auch Staudinger[7] sieht in den Worten „aus demselben rechtlichen Verhältnis" eine gesetzliche Definition des Begriffes, wenn er sagt: „Durch § 273 wird

---

[1] a. a. O. S. 90.
[2] S. 92.
[3] a. a. O. § 69 I A 1.
[4] § 69 I B.
[5] a. a. O. Bd. I § 126 Ziff. 2.
[6] a. a. O. S. 102.
[7] a. a. O. zu § 273.

dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht in drei Fällen zugestanden:

1. wegen eines fälligen konnexen Gegenanspruchs gegen den Gläubiger."

2. ....

3. ....

Andere Schriftsteller hingegen, die zwar Konnexität für ein wesentliches Erfordernis des Zurückbehaltungsrechts halten, sehen in den Worten „aus demselben rechtlichen Verhältnis" nicht eine Definition des Begriffes, sondern nur eine Voraussetzung, unter der das Gesetz Konnexität anerkenne.

So verlangt Crome[1] „inneren Zusammenhang (Konnexität) der beiden Ansprüche." „Genauer," so heißt es weiter, „liegt nach dem Inhalte des Gesetzes die Konnexität vor (§ 273):

a. Wenn Anspruch und Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnisse entspringen usw.

b. Konnexität liegt auch vor, wenn der Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes gerichtet ist, und wenn der Verpflichtete wegen Verwendungen auf diesen Gegenstand oder wegen eines ihm durch denselben verursachten Schadens einen fälligen Gegenanspruch hat." usw.

Planck[2]: „Nur wenn die beiderseitigen Ansprüche in einer gewissen Verbindung miteinander stehen, gewährt § 273 dem Schuldner das Recht, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Eine solche Verbindung findet in folgenden beiden Fällen statt: a) § 273 Abs. 1 ... b) § 273 Abs. 2." Im letzteren Falle unterscheidet er solche, die schon durch den Absatz 1 gedeckt seien und sagt dann weiter: „In anderen zu dieser Kategorie gehörenden Fällen aber kann

[1] a. a. O. Bd. 1, § 124 Ic.

[2] a. a. O. zu § 273 Ziff. 1.

man nicht sagen, daß die beiderseitigen Ansprüche auf demselben „rechtlichen Verhältnisse" beruhen, ohne diesen Begriff ungebührlich weit auszudehnen."

Schollmeyer[1]: „Forderung und Gegenforderung müssen in unmittelbarer Beziehung zu einander stehen. Das Gesetz erkennt sie nur in folgenden drei, auch gemeinrechtlich allgemein anerkannten Fällen an:

a. Wenn Anspruch und Gegenanspruch aus demselben rechtlichen Verhältnisse hervorgegangen sind.

b. Wenn dem Anspruche auf Herausgabe eines Gegenstandes ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand gegenübersteht ...

c. Wenn ein fälliger Anspruch des Herausgabepflichtigen wegen eines ihm durch den Gegenstand verursachten Schadens gegenübersteht."

Breuer[2], der sich der Ansicht Cromes, Plancks und Schollmeyers anschließt, gibt den Inhalt der Beziehungen zwischen Anspruch und Gegenanspruch, d. h. den Inhalt des Begriffs Konnexität als „gesetzlich anerkanntes Zug- um Zugverhältnis" wieder. Eine solche Definition, die aus den Wirkungen auf den Inhalt hinlenkt, hat immerhin ihre Berechtigung, ist aber vorliegend überflüssig, da der Gesetzgeber im § 273 Abs. 1 eine Definition des Begriffes Konnexität gegeben hat.

Dies ergibt sich auch aus den Motiven, die[3] ausdrücklich betonen, daß der Abs. 2 des § 273 nur deshalb aus Abs. 1 herausgehoben sei, weil hier immer Konnexität im „Sinne des Gesetzes" anzunehmen sei, und daß die Zurückbehaltung eines Gegenstandes wegen Verwendungen oder eines durch den letzteren zugefügten Scha-

---

[1] a. a. O. zu § 273 Ziff. 2b.

[2] Das Zurückbehaltungsrecht des BGB., S. 57 ff.

[3] Bd. 2, S. 42.

dens als ein besonders häufiger und wichtiger Anwendungsfall ausdrückliche Erwähnung verdiene.

Es kann aber auch weiter, wie es Schlegelberger[1] getan hat, der Nachweis geführt werden, daß die Zurückbehaltungsfälle des Abs. 2 auch ohne dessen Existenz nach Abs. 1 anzuerkennen sein würden, wenn man dem letzteren eine richtige und zwanglose Ausdehnung angedeihen läßt.

Man darf sich eben nicht an eine enge grammatische Interpretation der Worte gebunden fühlen, wenn man den Umfang des Begriffes feststellen will, sondern muß ihn aus der gesetzlichen Regelung des Rechtsinstituts zu bestimmen versuchen.

Es ist nämlich unter Identität des rechtlichen Verhältnisses nicht eine solche des Rechtsverhältnisses, sondern des Lebensverhältnisses zu verstehen.

An dieser bereits im vierzehnten Bande gegebenen Erklärung hat denn auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten[2].

Im folgenden seien einige der neueren Entscheidungen angeführt, die in zutreffender Weise den Umfang des Ausdruckes „aus demselben rechtlichen Verhältnisse" darlegen.

„Es kommt für die Anwendung des § 273 Abs. 1 nicht, wie für die Anwendung der Vorschrift des § 320 Abs. 1 darauf an, daß die beiden Leistungen in einem Verhältnisse gegenseitiger Bedingtheit zueinander stehen, sondern vielmehr darauf, ob die Leistungen einem innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnis entspringen und sich darauf beziehen, und ob bezüglich

[1] a. a. O. S. 84 ff.

[2] Vgl. Bd. 14 Nr. 57, Bd. 57 Nr. 1 S. 7, Bd. 68 Nr. 8 S. 33, Bd. 72, S. 61 ff., 101 ff.

der Leistungen eine natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusehende Einheitlichkeit des tatsächlichen Verhältnisses und ein hierdurch bewirkter natürlicher Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche vorliegt, der es nicht minder, wie die rechtliche gegenseitige Bedingtheit, als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen läßt, wenn der eine Beteiligte von dem anderen die Leistung verlangt, die von ihm geschuldete Leistung aber seinerseits nicht gewähren will." (Jur. Woch. 1910, 10 f. Nr. 13.)

„Die prozeßrechtliche Frage, ob der in einer Widerklage erhobene Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch in rechtlichem Zusammenhang steht oder nicht (§ 145 Abs. 2 ZPO.) und die materiellrechtliche Frage, ob ein Anspruch des Schuldners gegen seinen Gläubiger aus demselben rechtlichen Verhältnisse herrührt, auf dem seine Verpflichtung beruht, (§ 273 BGB.) sind zwar in ihren Wirkungen (§ 145 Abs. 1 und 2 ZPO., § 274 BGB.) verschieden; die für ihr Entscheidung maßgebenden Grundbegriffe des rechtlichen Zusammenhangs und der Einheit des rechtlichen Verhältnisses haben jedoch, zumal in der erweiterten Auslegung, die die Rechtsprechung dem letzteren Begriff gegeben hat, (Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 57 S. 1, Bd. 59 S. 200, Bd. 68 S. 32; Jur. Woch. 1909 726 Nr. 22) eine erhebliche Verwandtschaft miteinander." (Jur. Woch. 1910 238 f. Nr. 22.)

„Für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 kommt es darauf an, ob Leistung und Gegenleistung einem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen Lebensverhältnis entspringen und sich darauf beziehen, so daß der natürliche Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche die gleichzeitige Erledigung als angemessen erscheinen läßt. (Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 57 S. 7, Bd. 68 S. 34.) Dieser Anspruch des erkennenden Senats bezog sich zunächst auf das Gebiet der

Rechtsgeschäfte. Dieser Ausspruch wurde sodann in Übereinstimmung mit den gesetzgeberischen Vorarbeiten auch über das Gebiet des eigentlichen Obligationenrechts hinaus ausgedehnt. (Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 59, S. 202.) Es bestehen daher keine Bedenken, diesem Ausspruch auch Anwendung auf die Verhältnisse zu gewähren, welche sich aus einem nach § 105 nichtigen Vertrage ergeben, wenn es sich um Rückgabe des von beiden Seiten auf Grund des nichtigen Vertrages Geleisteten handelt." (Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 72 S. 65 f.)

Jur. Woch. 1909, 133 Nr. 5: „In der Literatur herrscht Übereinstimmung darüber, daß § 273, Abs. 1 zutrifft, wenn die Parteien gegenseitige Ansprüche auf Rückgabe des zur Erfüllung eines nichtigen Vertrages Geleisteten erheben. Das Gleiche muß auch gelten, wenn ein aufschiebend bedingter Vertrag schon im Voraus, während des Schwebens der Bedingung erfüllt ist, und die Parteien nach Ausfall der Bedingung das Geleistete gegenseitig zurückfordern."

Warn. E. 1909 12 Nr. 12[1]: „Es ist wiederholt in der Rechtsprechung, insbesondere auch vom Reichsgericht (vgl. Bd. 68, S. 32 ff. und die dortigen Zitate) ausgesprochen, daß unter demselben rechtlichen Verhältnis im Sinne des § 273 nicht notwendig dasselbe Vertragsverhältnis verstanden zu werden braucht. Es genügt, wenn die zwischen den Parteien bestehenden geschäftlichen Beziehungen sich derart gestaltet haben, daß es wider Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der eine Teil Erfüllung von dem anderen verlangen wollte, ohne seinen Verpflichtungen aus gleichzeitigen laufenden, wenn auch anderen Verträgen und Geschäften nachzukommen."

Unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 68 S. 32 ff. spricht auch Warn. E. 1911.

[1] Neumann, 1912, Anm. 11 zu § 273.

116 ff. Nr. 111 aus, daß, wenn es sich um Erfüllung aus einem dauernden Geschäftsverkehre handelt, eine Konnexität auch bezüglich des Kaufpreises für Lieferungen aus früheren Abschlüssen und des Anspruchs auf Lieferung aus späteren Abschlüssen besteht, so daß also in diesem Falle gemäß § 273 Abs. 1 der Verkäufer die späteren Lieferungen zurückbehalten darf, bis die früheren bezahlt sind[1].

„Dasselbe rechtliche Verhältnis im Sinne des § 273 kann auch vorliegen, wenn beide Ansprüche auf verschiedenen selbständigen Verträgen beruhen. Immer ist aber eine derartige Beziehung der Ansprüche zueinander erforderlich, daß es als ein Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen werden müßte, wenn der eine Beteiligte von dem anderen die Leistung fordern wollte, ehe er selbst geleistet hat. (Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 68 S. 32.)." (Jur. Woch. 1911, 486 Nr. 4.)

Stellt man so den Umfang der Worte „aus demselben rechtlichen Verhältnis" und somit den Begriff der Konnexität fest, dann ergibt sich, daß das BGB. einen einheitlichen Konnexitätsbegriff und somit ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht kennt, und daß auch in den Fällen des § 273 Abs. 2, (wo ein Zurückbehaltungsrecht gegeben ist, wenn einem ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf einen Gegenstand oder wegen eines durch diesen verursachten Schadens zusteht) das selbe rechtliche Verhältnis, mithin dieselbe Konnexität des Abs. 1 enthalten ist.

Es fallen aber außer dem § 273 Abs. 2 auch die §§ 1000 und 976 BGB., auf welch letzteren im § 1000

---

[1] Neumann, Rechtsprechung, Anm. 11 zu § 273.

verwiesen ist, und auch § 2022 BGB., der wieder auf § 1000 verweist, unter Abs. 1 des § 273.

Dies ausdrücklich festzustellen, ist um so notwendiger, als im § 1000 BGB. die Gegner einer einheitlichen Regelung des Zurückbehaltungsrechts eine besondere Stütze für ihre Behauptung sehen.

Wie Schlegelberger[1] jedoch nachgewiesen hat, wollte das Gesetz durch Einfügung dieses Paragraphen keine besondere Regelung des Zurückbehaltungsrechtes für das Sachenrecht geben, „vielmehr kann hierin nur die von der Kommission ins Auge gefaßte ausdrückliche Zulassung analoger Anwendung des § 273 für das Sachenrecht gefunden werden." Er widerlegt zutreffend dann weiter[2] die Behauptung, daß die ausdrückliche Zulassung eines Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendung im § 1000 per argumentum e contrario ein Zurückbehaltungsrecht wegen des durch die Sache zugefügten Schadens für das Sachenrecht ausschließe, indem er mit Dernburg sagt, daß „die Anwendung des argumentum e contrario dann unzulässig ist, wenn das Gesetz einen besonders zweifelhaften oder wichtigen Punkt hervorhebt, ohne die Absicht zu haben, Verwandtes auszuschließen." Nach der ganzen geschichtlichen Entwickelung dieses Paragraphen hat aber dem Gesetz diese Absicht gefehlt: eine Anwendung des argumentum e contrario ist mithin ausgeschlossen.

Ein fernerer Beweis für den § 1000 als „Vorsichtsparagraphen" ist mit Schlegelberger in der Anordnung dieses Paragraphen in das System des BGB. zu finden; er steht nicht im allgemeinen Teil des Sachenrechts, sondern dort, wo das Gesetz den Anspruch des Besitzers auf Ersatz der Verwendungen regelt. (Vgl. §§ 994—1004 BGB.)

[1] a. a. O. S. 93.
[2] a. a. O. S. 95.

Schlegelberger[1] führt hierzu zutreffend aus: „Die Ansprüche auf Ersatz eines durch die vindizierte Sache verursachten Schadens finden sich aber zweckmäßiger Weise, je nachdem vertragliches oder außervertragliches Verschulden in Frage kommt, an der einen oder der anderen Stelle des Rechts der Schuldverhältnisse. Dazu, im Sachenrecht etwa noch einmal zu wiederholen, daß wenn der Besitzer auf Grund der Bestimmungen des Obligationenrechts gegen den Vindikanten einen Ersatzanspruch habe, er das Zurückbehaltungsrecht ausüben könne, lag selbst vom Standpunkte des größten Zweiflers nicht die geringste Veranlassung vor. Hier verstand sich die Anwendung des § 273 von selbst."

Auch die Stellung des § 273 im System des BGB. — er steht im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse — kann eine Unterscheidung zwischen einem Zurückbehaltungsrecht des Obligationenrechts und einem Zurückbehaltungsrecht des Sachenrechts nicht rechtfertigen; denn wenn die Motive[2] von „obligatorisch wirkendem Zurückbehaltungsrecht" bei den in Frage kommenden §§ 223 und 224 des Entwurfs reden, so ist diese Bezeichnung, wie Crome[3] hervorhebt, nur im Gegensatz zu dem kurz vorher erwähnten kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht gebraucht.

Daß in den §§ 255, 258, 368, 371, 403, 410, 797, 798, 799 Abs. 2, 800, 808, 811 Abs. 2, 867, 1428, 1579 und 1585 Abs. 2 BGB. kein Zurückbehaltungsrecht enthalten, mithin die Einheitlichkeit des Zurückbehaltungsrechts durch diese Paragraphen nicht in Frage gestellt ist, ist im § 6 der Arbeit des näheren dargelegt worden.

---

[1] a. a. O. S. 96.
[2] Bd. 2, S. 41.
[3] a. a. O. S. 546, Anm. 6.

3. Abschnitt.
Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts.

§ 9.
Die Wirkungen in materieller Hinsicht.

Man hat mit dem Gesetz zwischen Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes in materieller und prozessualer Hinsicht zu unterscheiden.

Während die Aufrechnung den Untergang der Forderungen bewirkt, bleibt bei dem Zurückbehaltungsrecht der Fortbestand unberührt: es kann der Schuldner nur die Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Es tritt somit nur eine Hemmung ein, die solange dauert, bis der Gläubiger leistet oder sich wenigstens zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung bereit zeigt. Dadurch, daß das Gesetz sagt, bis ... bewirkt wird und nicht ist, will es das Erfordernis vollständiger Gleichzeitigkeit der beiderseitigen Forderungen aufstellen.

Für die Art und Weise, wie Leistungen Zug um Zug zu erfüllen sind, sind die Grundsätze über Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB.) maßgebend.

Hat der Schuldner geleistet, ohne sein Recht auf Zurückbehaltung ausgeübt zu haben, so steht ihm ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht zu. (§ 813 BGB.); der Aufrechnungsberechtigte hingegen, der in Unkenntnis seines Rechts leistet, hat die condictio indebiti, „weil der § 813 geradezu ein zwingendes Argument für die Kondizierbarkeit enthält. Wenn schon dann zurückgefordert werden kann, falls dem Anspruch eine bloße Einrede entgegenstand, welche dessen Geltendmachung lähmte, so ist die Rückforderung um so mehr zu bewilligen, wenn durch nachträgliche, bislang

lediglich aus Unkenntnis unterbliebene Aufrechnungserklärung dieser Anspruch geradezu vernichtet wird[1]."

Der Zinsenlauf, der durch die Aufrechnungserklärung beseitigt wird, wird durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts nicht gehemmt. Auch die Verjährung des Gläubigeranspruchs wird durch das Zurückbehaltungsrecht nicht gehemmt, da es in der Macht des Gläubigers steht, die Einrede zu beseitigen, und es von ihm verlangt werden kann, daß er sie beseitige.

Es heißt denn auch im § 202 BGB.:

„Die Verjährung ist gehemmt, solange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts."

Eine Forderung, der die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entgegensteht, ist zur Aufrechnung ungeeignet; und zwar gemäß § 390 BGB.:

„Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden."

Durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts entsteht kein n e u e s Schuldverhältnis, es setzen sich die Wirkungen des alten fort, was besonders für die Art und den Umfang der Haftung des Zurückbehaltenden von Bedeutung ist.

Der Schuldner, der von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, ist niemals in Verzug, obgleich die Forderung seines Schuldners fällig ist[2]. Er kann eben

---

[1] Staudinger a. a. O., 7./8. Auflage (entgegen den Ausführungen der 5./6. Auflage) Anm. 1 zu § 389. Ebenso Oertmann a. a. O., Anm. 1 zu § 389. — A. A. Crome a. a. O. § 193 A. 2,6; Planck, Anm. 3 zu § 389.

[2] Oertmann a. a. O. Anm. 5b zu § 273; Planck, Anm. 1 zu § 273.

aus dem Grunde nicht in Verzug geraten, weil der Umstand, daß er nicht leistet, in der Person seines Gläubigers zu finden und von diesem zu vertreten ist, er aber nach § 285 BGB. „nicht in Verzug kommt, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat." Nach § 298 B.G.B. setzt der Schuldner den Gläubiger in Verzug, wenn er dem Gläubiger die Leistung, gegen die er zu leisten verpflichtet ist, anbietet, und dieser zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.

§ 10.

Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts in prozessualer Hinsicht.

Das Zurückbehaltungsrecht behaftet den Hauptanspruch mit einer aufschiebenden Einrede, was besonders innerhalb eines Rechtsstreits von Bedeutung ist.

Da das Zurückbehaltungsrecht als Einrede nicht von Amtswegen zu berücksichtigen ist, so hat derjenige, der sich darauf berufen will, es im Prozesse geltend zu machen und zu substantiieren: er hat seine Gegenforderung, ihre Fälligkeit, Wechselseitigkeit und Konnexität zu behaupten und zu beweisen; der Richter darf es nicht schon dann berücksichtigen, wenn er von dem Kläger von seiner Existenz Kenntnis erlangt hat, sondern erst dann, wenn der Beklagte von ihm Gebrauch zu machen erklärt hat. Es kommt nämlich nicht selten vor, daß der Kläger, gewissermaßen die vermutlichen Einwendungen des Beklagten vorwegnehmend, diese schon in der Klageschrift anführt und zu widerlegen sucht. Selbst wenn dann aus dem Klagevorbringen sich die Schlüssigkeit etwa einer vom Kläger erwarteten Einrede des Zurückbehaltungsrechts ergeben sollte, so müßte, beim Vorliegen der prozessualen Voraussetzungen, selbst dann Versäumnisurteil ergehen, wenn

der Kläger die das Zurückbehaltungsrecht stützenden Behauptungen zugibt.

Eine Feststellung, daß ein Zurückbehaltungsrecht besteht, reicht nicht aus, es muß auch von der Partei ausgeübt werden. Mag dies auch stillschweigend geschehen, so muß doch immer ein Verhalten der sich auf das Zurückbehaltungsrecht berufenden Partei vorliegen, das keinen Zweifel bestehen läßt an ihrer Absicht, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihr gebührende Leistung bewirkt ist[1].

Weil die Aufrechnung und Zurückbehaltung durchaus verschiedene Rechtsbehelfe sind, liegt in der Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht von selbst die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, es kann auch nicht einmal in der Aufrechnungserklärung die eventuelle Geltendmachung der Zurückbehaltungseinrede erblickt werden[2].

Andererseits kann hingegen in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes die Aufrechnungserklärung erblickt werden, wenn nämlich Forderung und Gegenforderung auf Geld gehen. „In diesem Falle ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts die Erklärung der Aufrechnung, die ja nach § 388 BGB. keiner Form bedarf. Aufrechnung und Zurückbehaltung sind in ihrem rechtlichen Wesen allerdings nach Voraussetzung und Wirkung verschieden. Soweit aber § 394 BGB. nicht in Betracht kommt, führt die Zurückbehaltung einer fälligen Geldforderung auf Grund einer fälligen Geld-

[1] Staudinger a. a. O. § 273 I 5 und Oertmann a. a. O. § 273 5a und die Reichsgerichtsentscheidung, Bd. 77 S. 436: „Der Schuldner, der wegen eines Anspruches gegen seinen Gläubiger die diesem geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der ihm gebührenden Leistung verweigern will, muß dies dem Gläubiger kund tun; nur so wird der Gläubiger in die Lage versetzt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abzuwenden.

[2] 11 III Jur. Woch. 215 ff., Nr. 14.

forderung zu demselben Ergebnis wie die Aufrechnung. Die Zurückbehaltung würde zu einer Verurteilung Zug um Zug nach § 274 BGB. führen. Wo es sich aber um Geldforderungen auf beiden Seiten handelt, können Geldleistungen Zug um Zug nur den Sinn einer Aufrechnung haben. Die ausdrückliche Weigerung des Widerklägers aufzurechnen, ist daher widersinnig[1]."

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann auch nur gegenüber einer Leistungsklage, nicht auch gegenüber einer Feststellungsklage erhoben werden, weil das Zurückbehaltungsrecht sich ja nicht gegen die Existenz des Anspruches, sondern nur gegen seine Geltendmachung richtet. Erhebt der Gläubiger eine Feststellungsklage, so hat der Schuldner sein Recht durch eine Feststellungswiderklage zur Geltung zu bringen. Hat er dies unterlassen, so bleibt es ihm trotz des erlassenen Feststellungsurteils frei, der auf die Feststellungsklage folgenden Leistungsklage sein Zurückbehaltungsrecht entgegenzusetzen.

Der Schuldner, der die Zurückbehaltungseinrede geltend macht, macht nicht einen Anspruch im Sinne der Zivilprozeßordnung geltend, da er das Recht nicht durch Klage verfolgt: er bedient sich lediglich auf Grund seiner Gegenforderung eines Verteidigungsmittels. Die Folge davon ist, daß er sie auch gegen den Willen des Gläubigers in der Berufungsinstanz nachholen kann. Weist das Berufungsgericht auf Grund des § 279 Z.P.O. die Einrede zurück, so muß es unter Berücksichtigung der §§ 540, 541, Abs. 1 Z.P.O. ein Vorbehaltsurteil dahin erlassen, daß dem Schuldner die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts vorbehalten ist; der Rechtsstreit bleibt dann in der Berufungsinstanz weiter anhängig.

Gemäß § 274 BGB. hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts die Wirkung, daß der Schuldner

[1] 08 II Leipzig. Zeit. 538.

zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist. Diese Bestimmung ist eine notwendige Folge des § 273, der den Schuldner in seiner Eigenschaft als Anspruchsberechtigten sichern soll.

Über die Vollstreckung solcher auf Erfüllung Zug um Zug lautender Urteile hat die Zivilprozeßordnung in den §§ 726, 756, 765, besondere Vorschriften gegeben.

§ 726 Z.P.O. lautet:

„Von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von der durch den Gläubiger zu beweisenden anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird.

Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so ist der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, nur dann erforderlich, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht."

Die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das bei derselben zu beobachtende Verfahren wird von der in den §§ 756 und 765 Z.P.O. enthaltenen Prüfungspflicht beherrscht. Das Vorhandensein der Vollstreckbarkeit zu prüfen liegt dem Gerichtsvollzieher ob; in den Fällen, in denen das Vollstreckungsgericht als Vollstreckungsorgan zu handeln hat, aber dem Vollstreckungsgericht.

§ 756 Z.P.O. lautet:

„Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so darf der Gerichtsvollzieher die

Zwangsvollstreckung nicht beginnen, bevor er dem Schuldner die diesem gebührende Leistung in einer den Verzug der Annahme begründenden Weise angeboten hat, sofern nicht der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird, und eine Abschrift dieser Urkunden bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird," und § 765 Z.P.O.:

„Hängt die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner ab, so darf das Vollstreckungsgericht eine Vollstreckungsmaßregel nur anordnen, wenn der Beweis, daß der Schuldner befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird, und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist. Der Zustellung bedarf es nicht, wenn bereits der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nach § 756 begonnen hatte, und der Beweis durch das Protokoll des Gerichtsvollziehers geführt wird."

Gegen eine Vollstreckung ohne Berücksichtigung der §§ 756, 765 Z.P.O. ist Erinnerung nach § 766 Z.P.O. gegeben, gegen deren Erfolglosigkeit sofortige Beschwerde gemäß § 793 Z.P.O.

Zu der Frage der Wirksamkeit des Zurückbehaltungsrecht im Konkurse soll keine Stellung genommen werden; es wird jedoch auf die eingehenden und zutreffenden Erörterungen von Wolff (Leipziger Zeitschrift für Handels-Konkurs- und Versicherungsrecht, 1908 S. 36—44 und 107—124) verwiesen.

4. Abschnitt.

§ 11.

Ausschluß und Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts.

a. Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts.

Das auf der Grundlage der Billigkeit entstandene Rechtsinstitut des Zurückbehaltungsrechts soll nicht nur den Schuldner gegen seinen rücksichtslosen Gläubiger schützen, sondern allgemein ein der Billigkeit entsprechendes Resultat, eine billige Lösung der Beziehungen zwischen den Parteien herbeiführen. Um nun die Grundlage der Billigkeit noch besonders hervorzuheben, ist vorsorglich in das Gesetz die Bestimmung aufgenommen, „sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein Anderes ergibt."

So muß denn das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner im allgemeinen dann versagt werden, wenn seine Anwendung der auch dem Schuldner obliegenden Pflicht zur Bewirkung seiner Leistungen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte widersprechen würde.

So heißt es denn in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Juli 1912[1]: Die verzögerliche Einrede des Zurückbehaltungsrechts kann von demjenigen nicht geltend gemacht werden, der den Vertrag überhaupt nicht erfüllen will und auch vom Gegner nicht Erfüllung verlangt, sondern die Leistung des Gegners ablehnt und sich vom Vertrage lossagt (vgl. R.-G. Bd. 58 S. 176; Bd. 69 S. 383), und eine weitere Entscheidung[2]: Ein Kontrahent, welcher die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, kann nicht zugleich nach §§ 320, 273 seine Leistung bis dahin, daß die Leistung be-

[1] Soergel, 1912, Anm. 2 zu § 273.

[2] 08 Warn. E. 212, Nr. 296.

wirkt sei, verweigern. Die bloß aufschiebende Einrede aus § 320, auf die sich nur der vertragstreue Kontrahent berufen kann, und die endgültige Weigerung der Annahme der Gegenleistung wegen angeblicher Vertragswidrigkeit stehen in unversöhnlichem Widerspruch."

In jedem Einzelfall ist in dieser Hinsicht eine eingehende Prüfung vorzunehmen, und es kann der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts, wie schon dargelegt, häufig dann in Frage kommen, wenn Unterlassungen den Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts bilden.

So schließt denn beispielsweise die inhaltliche Beziehung ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen an der dem Beauftragten gemäß § 259 BGB. obliegenden Rechnungslegung aus. Das gleiche muß für alle die nach dem BGB. zur Rechnungslegung Verpflichteten gelten. (Vgl. §§ 666, 675, 681 S. 2; §§ 27 Abs. 3, 86, 1890, 1915, 2218, 713, 1214, 2130, 1978 und 1990—1992 BGB).

Weiter gibt es eine Reihe von Spezialbestimmungen, welche die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts ausschließen.

Daß dem Bevollmächtigten kein Zurückbehaltungsrecht an der Vollmachtsurkunde und dem Mieter und Pächter nicht ein solches an der Miet- und Pachtsache zusteht, ist oben schon dargelegt worden. Auch daß es kein Zurückbehaltungsrecht in Ansehung des Kindes wegen Anspruchs aus Unterhaltsgewährung gibt, ist bereits erwähnt.

Ferner ist für §§ 1000 und 273 Abs. 2 BGB. das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen, wenn der zur Herausgabe Verpflichtete den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Für Absatz 1 gilt diese Ausnahme nicht, sie ist vielmehr überall unanwendbar, wo der übrigens unter Abs. 2 fallende Tatbestand auch dem Absatz 1 entspricht. (Vgl. Oertmann, Anm. 6 zu § 273.)

In § 273 Abs. 3 BGB.: „Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden" ist ein weiterer Grund für den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts gegeben.

Die Sicherheitsleistung erfolgt nach den §§ 232 ff. BGB. Sicherheitsleistung ist aber ausgeschlossen. Sie ist zu bemessen nach dem Werte der Sicherheit, welchen das Zurückbehaltungsrecht dem Schuldner in concreto bietet und nicht nach dem Verkehrswerte der zurückbehaltenen Leistung.

Bei der Unterart des Zurückbehaltungsrechts, der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, „findet die Vorschrift des § 273 Abs. 3 keine Anwendung", (vgl. § 320 BGB.) weil dies der Natur des gegenseitigen Vertrages widerspräche.

Dagegen kann aber auch der Eigentümer das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers auf Grund des § 1000 BGB. durch Sicherheitsleistung abwenden; und zwar weil es, wie es doch im § 320 BGB. geschehen ist, nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, und weil auch weiter ein innerer Grund nicht ersichtlich ist, weshalb der dinglich Anspruchsberechtigte nicht ebensogut wie der obligatorisch Anspruchsberechtigte durch Sicherheitsleistung ein entgegenstehendes Zurückbehaltungsrecht abwenden können sollte.

b. Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts.

Das Zurückbehaltungsrecht erlischt:

1. Wenn der Schuldner aufhört, anspruchsberechtigt zu sein, und das Zurückbehaltungsrecht somit seinen Zweck nicht mehr erfüllen kann.

2. Wenn der Schuldner nach der Verurteilung in Annahmeverzug gerät (§ 274 Abs. 2.), so daß „der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegen-

den Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen kann."

3. Durch das vom Gläubiger vorgenommene Erfüllungssurrogat der Hinterlegung. Mit Hinterlegung der vom Gläubiger geschuldeten Leistung bzw. deren Versteigerungserlös (§§ 372, 383 BGB.) unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme endet das Zurückbehaltungsrecht, da der Anspruch des Schuldners weggefallen ist.

4. Durch confusio, d. h. wenn Gläubiger und Schuldner eine Person werden.

5. Wenn die dem Gläubiger obliegende Leistung subjektiv oder objektiv unmöglich wird, und der Gläubiger dies nicht zu vertreten hat. (§ 275 Abs. 1 und 2 BGB.)

6. Durch Leistung seitens des Schuldners, auch wenn er in Unkenntnis seines Rechts leistet; jedoch noch nicht von selbst bei Verlust des Besitzes der zurückbehaltenen Sache, da das Recht, die Leistung zu verweigern, von der detentio nicht abhängig ist. Das Zurückbehaltungsrecht gibt sogar, auch wenn die Besitzklagen aus §§ 861, 868 nicht zustehen sollten, ein Recht auf Wiedererlangen des Besitzes (vgl. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 68 S. 386.)

7. Wenn der Schuldner seinen Anspruch zediert, der neue Gläubiger aber die konnexe Schuld des Cedenten nicht übernimmt.

8. Durch Verzicht des Schuldners auf das Zurückbehaltungsrecht. Es genügt die einseitige Erklärung des Schuldners, die Annahme seitens des Gläubigers braucht nicht hinzuzukommen.

5. Abschnitt.

§ 12.

Das vertragliche Zurückbehaltungsrecht.

Das Zurückbehaltungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist kein absolutes oder zwingendes Recht, das im Interesse des Gemeinwohles unbedingt zur Anwendung gebracht werden muß und deshalb durch Privatdispositionen nicht ausgeschlossen werden kann; es ist dispositives oder nachgiebiges Recht, dessen Anwendung auf den einzelnen Fall durch abweichende Festsetzung der Parteien ausgeschlossen werden kann. Es steht also nichts der vertragsmäßigen Ausschließung, Beschränkung oder Erweiterung entgegen. Bei der Erweiterung müssen jedoch die tatsächlichen Voraussetzungen der Zurückbehaltung gegeben sein[1], was z. B. für den Vermieter bezüglich der eingebrachten Sachen der Mieter nicht zutrifft, da er sie nicht im Besitz hat. Es kann demgemäß die Abrede, daß der Vermieter auch an den unpfändbaren Mietssachen ein Zurückbehaltungsrecht haben soll, ein solches nicht begründen.

Durch Vertrag ein dingliches Zurückbehaltungsrecht zu schaffen, ist jedoch unmöglich, da das BGB. nur ein persönliches kennt, und der Kreis der dinglichen Rechte nach dem BGB. ein bestimmt begrenzter ist, der durch Vereinbarung der Parteien nicht erweitert werden kann. (Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 66 S. 26.)

---

[1] Oertmann a. a. O. Anm. 9 zu § 273.